

**LVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES.**

DOLORES, 28 y 29 DE NOVIEMBRE DE 2013

Comisión: Tres: Sociedades y asociaciones.

Tema: Capitalización de deudas en el concurso preventivo. Aspectos societarios.

Autor: GUILLERMO ANDRÉS MARCOS

Instituto de Derecho Comercial de Bahía Blanca.

Ponencia.

- Los socios disconformes con la decisión de capitalizar el pasivo carecen de derecho de receso.
- La excepcionalidad de la capitalización de deudas se encuentra justificada por el estado concursal.
- La resolución social que aprueba el aumento de capital por cancelación de deudas debe adoptarse en asamblea extraordinaria.
- La emisión puede ir acompañada de prima.

Desarrollo.

Dispone el art. 43 de la ley 24.522 que las propuestas de acuerdo que puede proponer el deudor concursado dentro del período de exclusividad pueden consistir –entre otras-, en capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales.

La ley 19.550, por su parte, admite el mecanismo en comentario al permitir dar en pago acciones derivadas de un aumento de capital por “*obligaciones preexistentes*” (art. 197).

Ello significa la constitución de sociedad entre la entidad concursada (rectius: sus socios) y sus acreedores e implica la necesidad de un aumento de capital (art. 188 L.S.).

Se trata de una significativa interacción entre el derecho concursal y el derecho societario del cual se derivan una serie de aspectos cuyo análisis desde el punto de vista **societario**, conforma el objeto de esta ponencia.

a) Los socios disconformes con la decisión de aumentar el capital mediante capitalización de pasivos carecen de derecho de recesso.

No cabe duda que el accionista que no votó favorablemente el aumento de capital dispuesto por una empresa concursada, puede experimentar –como derivación de tal modificación-, un detrimento derivado de la variación de su status político y, eventualmente, económico.

Sin embargo, estimamos que no le resulta de aplicación el art. 245 de la L.S. por las siguientes razones:

La empresa en cesación de pagos que logra un alivio de su carga financiera mediante la negociación con sus acreedores intercambiando deudas por acciones, podría sufrir un agobio derivado del reembolso a los accionistas disconformes, que neutralizaría la ventaja conseguida mediante la negociación y podría entorpecer financieramente la salida de la crisis.

Se frustraría, así, la finalidad principal del concurso, enderezada a la conservación de la empresa y el mantenimiento de la fuente de trabajo y se privilegiaría indebidamente el interés individual de los socios disconformes, con grave sacrificio del interés social.

Además, como lo apunta Dasso, las causales del recesso resultan taxativas, y el aumento de capital mediante cancelación de deudas se encuentra ausente en la nómina del art. 245 L.S.¹. Estima el autor la procedencia del derecho de recesso en tales condiciones solamente por previsión estatutaria.

¹ Dasso, Ariel; “La capitalización de deuda. Una inversión atípica”, ponencia presentada en el XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 2013).

Se han pronunciado en contra de la tesis que propongo Nissen y Roitman².

b) La excepcionalidad de la capitalización de deudas se encuentra justificada por el estado concursal.

Coincide la doctrina en que la capitalización de deudas debe ser adoptada como un procedimiento de excepción³, justificable en el interés social, ya que se priva a los socios de un derecho de jerarquía como lo es el de preferencia y podría implicar un desmedro de sus derechos políticos y económicos. Se ha añadido que se ha impuesto el máximo rigor para votar la decisión que excluye la preferencia⁴.

A la hora de juzgar la procedencia de tal remedio, estimamos que el solo hecho de la existencia de un trámite concursal, derivado de una decisión judicial que ha admitido –al menos prima facie-, el estado de cesación de pagos, justifica la decisión en salvaguarda de la subsistencia de la empresa.

Sostenemos que el pasivo a capitalizar debe estar compuesto por deudas vencidas y declaradas en la resolución del art. 36 LCQ, sin proceso de revisión en trámite.

c) Asamblea extraordinaria.

La asamblea que decide el aumento de capital por capitalización de pasivos debe ser una asamblea extraordinaria por su excepcionalidad y porque limita el derecho de preferencia⁵.

² Nissen, Ricardo, Ley de sociedades comerciales, Tomo 3, pág. 196, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997; Roitman, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo III, pág. 530, Editorial La Ley, Buenos Aires, agosto de 2006.

³ Nissen, Ricardo, Ley de sociedades comerciales, Tomo 3, pág. 195, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.

⁴ Roitman, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo III, pág. 529, Editorial La Ley, Buenos Aires, agosto de 2006.

⁵ Roitman, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo III, pág. 529, Editorial La Ley, Buenos Aires, agosto de 2006; Nissen, Ricardo, Ley de sociedades comerciales, Tomo 3, pág. 194, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.

d) Prima de emisión.

Opinamos que la emisión del aumento de capital puede ir acompañado de prima.

Si bien la sociedad concursada difícilmente exhiba un patrimonio floreciente, que determine una diferencia significativa entre el valor nominal y el patrimonial de la acción; no puede descartarse tal supuesto. En tal hipótesis, no podría negarse a la sociedad la posibilidad de aprovechar el aumento para cancelar deudas y, a la vez, incrementar su patrimonio.

Tal situación, además, constituye una herramienta adecuada para permitir a la sociedad cesante negociar en mejores condiciones el acuerdo con los acreedores – futuros socios.

No se me escapa que, para algunos autores, la prima de emisión supone el aporte de fondos líquidos ya que con ellos se debe formar la reserva especial del art. 202, previsión que prevé –inclusive- su distribución⁶.

Sin embargo, debe apuntarse:

Que la prima de emisión no debe necesariamente estar compuesta por dinero. Ninguna disposición legal así lo dispone.

Que tampoco es necesaria ni obligatoria la distribución de tal reserva, a punto tal, que ello importaría la necesidad de disminuir el capital social (art. 203 L.S.).

Guillermo Andrés Marcos

⁶ Roitman, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo III, pág. 530, Editorial La Ley, Buenos Aires, agosto de 2006.